

優越的地位の濫用における因果関係 - デジタル・プラットフォーム事業者による個人データの取得・利用を中心に

著者	滝澤 紗矢子
雑誌名	法学
巻	85
号	1
ページ	1-40
発行年	2021-06-30
URL	http://hdl.handle.net/10097/00132021

優越的地位の濫用における因果関係

ーデジタル・プラットフォーム事業者による個人データの取得・利用を中心に

滝澤 紗矢子

1. 問題意識
 2. 個人情報優越ガイドラインが提示した違反要件の諸論点
 3. ドイツ Facebook 事件における違反要件論：濫用の把握と因果関係
 4. 我が国における因果関係論の整備必要性
- 終わりに

1. 問題意識

本稿は、個人情報保護法に違反しうる、もしくはその趣旨に反するような、デジタル・プラットフォーム事業者による個人に係るデータの取得、利用に対して、競争法上の搾取規制を及ぼすに当たり、精査が必要な違反要件の諸論点を、因果関係を中心に検討する⁽¹⁾。これを通じて、我が国の「優越的地位の濫用」(独禁2条9項5号)規制の精緻化を目指す。

本研究の背景として、次のような動きがある。公正取引委員会(以下、「公取委」という)は、令和元(2019)年12月17日、「デジタル・プラットフォ

(1) デジタル・プラットフォーム事業者に対する競争法規制全般の問題やデジタル・プラットフォーム事業者による個人データの不当な取得、処理、利用の問題については、EUを嚆矢として世界的な関心事であり、ここで個別に挙げることはしないが、多くの法域で興味深い報告書等が公表されている。

ーム事業者と個人情報等を提供する消費者との取引における優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方」(以下、「個人情報優越ガイドライン」という)を公表した。これは、優越的地位濫用規制の従来の地平を広げるものとして関心を集め、原案公表時の意見募集には、141 件もの意見が寄せられた。同ガイドラインについては、2019 年 2 月 7 日に出されて注目を浴びた、Facebook に対するドイツ連邦カルテル庁決定⁽²⁾の影響が指摘されている。

こうした動向の背後に、我が国における優越的地位の濫用をめぐるやや錯綜した状況も指摘できる。一方で、課徴金が賦課された⁽³⁾、古典的優越的地位濫用行為⁽⁴⁾に係る 5 事案が悉く争われて⁽⁵⁾、司法判断の行方が注目されている⁽⁶⁾。司法判断により、課徴金賦課要件のみならず違反要件判断の精緻化

(2) Bundeskartellamt, Beschluss B6-22/16-Facebook, February 6, 2019.

(3) 平成 21 年改正(平成 21 年法律第 51 号)により、継続して行われる独禁法 2 条 9 項 5 号該当行為に対して課徴金を賦課する制度が導入され(独禁 20 条の 6)、令和 3 年 5 月末日現在までに 5 件の課徴金納付命令が出された(以下、これをまとめて「5 事例」と呼ぶ)。もっとも、これらの命令は上記改正法施行後数年間に集中している。

(4) 「優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方」(平成 22 年 11 月 30 日、公正取引委員会)が前提とするように、事業者間取引であって、下請法規制対象行為と重なるような典型的不利益行為を規制する場合を、「古典的」と呼ぶ。

(5) 5 事例全てにおいて、施行日との関係で違反行為期間の一部について課徴金額が算定されたにも関わらず、課徴金額が億単位と比較的高額に上る上、法解釈次第でその額が大きく左右され得るため、当該 5 事例は悉く審判で争われた。平成 31 年までに全ての審決が出揃い、一部違反行為が否定されるなどしたものの、概ね原処分への考え方が維持された。公取委審判審決平成 27 年 6 月 4 日・平成 24 年(判)第 6 号及び第 7 号〔日本トイザラス〕審決集 62 巻 119 頁、公取委審判審決平成 31 年 2 月 20 日・平成 23 年(判)第 82 号及び第 83 号〔山陽マルナカ〕審決集 65 巻第 1 分冊 95 頁、公取委審判審決平成 31 年 2 月 20 日・平成 25 年(判)第 28 号及び第 29 号〔ラルズ〕審決集 65 巻第 1 分冊 314 頁、公取委審判審決令和元年 10 月 2 日・平成 24 年(判)第 40 号及び第 41 号〔エディオン〕、公取委審判審決令和 2 年 3 月 25 日・平成 26 年(判)第 1 号及び第 2 号〔ダイレックス〕。このうち、日本トイザラス審決のみが確定し、他の 4 審決に対しては抗告訴訟が提起された。

(6) 東京高判令和 2 年 12 月 11 日・平成 31 年(行ケ)19 号〔山陽マルナカ〕は、原命令の理由付記の不十分性を指摘して原審決を取り消したため、原命令を取

も期待されるが、課徴金賦課をめぐる多大な問題が顕在化したために、正式な命令事件は平成 26 年を最後に途絶え、公取委は現在では確約制度の活用へと舵を切っている⁽⁷⁾。他方で、近時社会的に話題となっている新たな問題に対して、優越的地位濫用規制を及ぼして対応する可能性に焦点が当てられ、関係するガイドラインや報告書等が積極的に公表されている。典型例は、フリーランスのような個人事業主をめぐる問題⁽⁸⁾や IT・デジタル化問題⁽⁹⁾であり、本稿が取り上げる課題もこの系統に属する⁽¹⁰⁾。独禁法は一般的な法律であるから、本来その適用範囲は広く、優越的地位濫用規制がこれらの最新問題に適用可能なのは、当然である。しかしながら、これまで、とりわけ課徴金制度導入以降、公取委は古典的事案しか正式事件として取り上げないという謙抑的規制方針をとってきた。すなわち、事業者間取引であって、下請法や「優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方」（平成 22

り消す再審決が行われた（公取委審判審決令和 3 年 1 月 27 日・平成 23 年（判）第 82 号及び第 83 号）。次に出されたラズ東京高裁判決は、公取委の考え方をほぼ全面的に認めて原告の請求を棄却した（令和 3 年 3 月 3 日・平成 31 年（行ケ）第 13 号）。ラズは最高裁に上告している。

- (7) 平成 26 年 6 月 5 日のダイレックスに対する命令（平成 26 年（措）第 10 号・（納）第 113 号）以降、正式な命令は途絶えている。一方、TPP11 協定により立法され（平成 28 年法律第 108 号）、平成 30 年 12 月 30 日に施行された確約手続により多くの事案が処理されるようになっている。確約認定令和 2 年 8 月 5 日・令和 2 年（認）第 3 号〔ゲンキー〕、確約認定令和 2 年 8 月 5 日・令和 2 年（認）第 4 号〔アマゾンジャパン〕、確約認定令和 3 年 3 月 12 日・令和 3 年（認）第 1 号〔ビー・エム・ダブリュー〕。
- (8) 「人材と競争に関する検討会」報告書（平成 30 年 2 月 15 日、公正取引委員会、競争政策研究センター）、「フリーランスとして安心して働ける環境を整備するためのガイドライン」（令和 3 年 3 月 26 日、内閣官房・公正取引委員会・中小企業庁・厚生労働省）。
- (9) 「データと競争政策に関する研究会報告書」（平成 29 年 6 月 6 日、公正取引委員会競争政策研究センター）を始めとして、公取委からはいくつかの実態調査報告書が出されている。最近の取組を一覧したものとして、寺西直子「デジタル市場に関する公正取引委員会の取組について」公正取引 844 号 4 頁。
- (10) こうした傾向について、川濱昇「優越的地位の濫用の慎重な新展開」NBL 1166 号参照。

年 11 月 30 日、公正取引委員会。以下、「優越ガイドライン」と呼ぶ) に登場するような典型的な不利益行為に限って命令を行ってきた。一方で、公取委を取り巻く政治状況、また本問題との関係ではとりわけデジタル・プラットフォーム規制に競争法を積極的に活用する EU の影響を受けて⁽¹¹⁾、一転して前述のような最新の社会問題に対する優越的地位濫用規制の適用可能性が正面から取り上げられることとなったのである⁽¹²⁾。公取委がどの程度実際の規制を念頭に置いて前述の各文書を発出したのかについては不明であるものの、こうした最新動向が、古典的 5 事例に係る司法判断とは別の方向から、優越的地位濫用規制の違反要件につき精査を促すこととなっている。本稿は、こうした状況を意識しながら、冒頭に掲げた問題を検討するものである。

本稿は、以下の順序で検討を行う。まず、我が国において冒頭に掲げた問題に対する競争の観点からの規制可能性について検討する際に出発点となる、個人情報優越ガイドラインを、違反要件ごとに検討する。本問題を考える上で、古典的事例と比較した場合に異なる要素を指摘し、それが違反要件判断にどのような影響を与え得るかについて精査するとともに、競争法規制として正当化しうる構成を示すために検討すべき課題を抽出する⁽²⁾。次に、個人情報優越ガイドラインに多大な影響を与えたと考えられている、

(11) この点について、Anu Bradford, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, Oxford Univ. Pr. (2020), ジュリスト 1545 号特集, 市川芳治「欧州におけるいわゆる“GAFA”(デジタルプラットフォーム事業者) 規制について—欧州の状況を中心に・競争政策の観点から」公正取引 844 号 17 頁参照。

(12) この点につき、白石忠志「「プラットフォームと競争法」の諸論点をめぐる既存の議論」ソフトロー研究 28 号 43 頁以下参照。EU においては、IT・デジタル化を推進するとともに、その開放性と中立性を確保すべく、政治との関わりを意識して総合的に政策が推進されている。とりわけ、2016 年アメリカ大統領選挙をめぐる Cambridge Analytica のスキャンダル以降 (See Brittany Keiser, *Targeted*, HarperCollins (2019)), 市民の意識が高まるとともに、その政策的傾向が強められている。

Facebook に対するドイツ連邦カルテル庁決定（以下、「原決定」という）と同事案に係るその後の司法判断を取り上げる。Facebook が、EU 一般データ保護規則（General Data Protection Regulation, 以下、「GDPR」という）⁽¹³⁾に反する形で、ユーザーからの有効な同意なしに facebook.com 外から個人データを取得し、処理、利用した行為に対して、市場支配的地位の濫用として、ドイツ競争法に基づき差止め等を行った原決定は注目を浴びたが、抗告訴訟の interim proceedings においては、原決定の執行についてデュッセルドルフ高等裁判所が一時的効力の中断を命じ（interim decision）、これをさらに連邦通常裁判所が破棄して原決定の執行を認める、という形で結論が二転三転し、現在も本案について係争中である⁽¹⁴⁾。そしてこれらの決定においては、競争法違反を認める、認めないという結論を導く理由づけもそれぞれ異なっている。中でも、2 の最後で抽出された課題に対応する、本事案における競争上の弊害の把握と因果関係の考え方が重要論点として議論されている点が注目される。本稿は、その議論の対抗関係に焦点を当てて判断内容を分析する（3）。以上を前提に、冒頭に掲げた問題について、我が国における競争の観点からの規制を考える際には、それぞれの違反要件について引き締まった解釈を採用するとともに、従来省みられてこなかった因果関係を精査する必要があること、とりわけ、どのような因果関係論を採用するかは、デジタル・プラットフォーム事業者に競争の観点からどの程度の責任を負わせるべきか、という競争政策のあり方に深く関係するため、これを意識して議論する必要があることを示す（4）。

(13) Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC

(14) さらに、デュッセルドルフ高等裁判所第一カルテル部は、本事案について欧州司法裁判所に先決決定を求める方針を明らかにしている（March 24th, 2021, Presse mitteilung Nr. 9/2021）。

2. 個人情報優越ガイドラインが提示した違反要件の諸論点

冒頭に掲げた問題について、我が国における競争の観点からの規制可能性について検討する際には、前述の個人情報優越ガイドラインの検討が出发点となる。以下では、個人情報優越ガイドラインに焦点を絞って、同ガイドラインが優越的地位の濫用の違反要件についてどのような課題を提起したのかを指摘する⁽¹⁵⁾。

2-1 個人情報優越ガイドラインの適用対象

近時の社会問題に対する優越的濫用規制の適用可能性を考える上で、本問題がフリーランスをはじめとする個人事業主を相手方とする不利益行為と大きく異なる部分は、対消費者取引も対象とする点にある⁽¹⁶⁾。独禁2条9項5号にいう「相手方（取引する相手方、取引の相手方）」には、文理上何の限定も付されていないにも関わらず、公取委は、従来、事業者間取引のみに限定して（さらに言えば、事業者間取引のうち古典的不利益行為を中心に）優越的地位濫用規制を運用してきた。個人情報優越ガイドラインは、消費者も「相手方」に該当することを明示している。

すでに指摘されているように、対消費者取引に優越的地位濫用規制が適用され得ること自体に何ら問題はなく、むしろ文理上素直な解釈であると思われる⁽¹⁷⁾。しかし、優越ガイドラインをはじめとして、従来事業者間取引だ

(15) 公取委担当官解説として、川上一郎「『デジタル・プラットフォーム事業者と個人情報等を提供する消費者との取引における優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方』について」（以下、「川上解説」という）公正取引 833 号 38 頁。

(16) この点を指摘する文献は多いが、とりわけ、白石忠志「『プラットフォームと競争法』の諸論点をめぐる既存の議論」ソフトロー研究 28 号 43 頁以下、川濱昇「優越的地位の濫用の慎重な新展開」NBL 1166 号 24 頁以下参照。

(17) 川濱「優越的地位の濫用の慎重な新展開」NBL 1166 号 26-28 頁は、この点に

けを念頭において違反要件を議論してきたため、対消費者取引に規制範囲を広げたことで、以下で詳しくみるように、その判断方法を精査する必要が生じている。これまで事件化されてきた古典的事案においては、取引相手方として特定された、多くの場合同種の属性をもつ限られた事業者（例えば、大規模小売業者に対する納入業者）を基準として、優越的地位や不利益行為該当性が判断されていた。しかし、不特定多数の消費者が取引相手として指定され、そこには多種多様な人々が含まれるとすれば、そのうちのどのような消費者を基準として判断を行うか、という新たな問題が生ずることとなる。一方で、独禁法全体をみると、不特定多数の消費者等も含めて「需要者」を画定し、これを基準として市場画定をはじめとする違反要件判断を行うのがむしろ通例である。すなわち、上記の新たな問題は、優越的地位濫用規制を他の違反類型とは異質の特殊な規制と捉えるのではなく、むしろ連続的に理解する契機となる可能性もある。

2-2 優越的地位

一般に、優越的地位は、取引必要性の基準により判断され、優越ガイドライン第2の1は、相手方にとって行為者との取引を断ち難いがために、不利益行為を受け入れざるを得ないような場合である、と説明している。そして、同ガイドライン第2の2は、その判断に当たっての考慮要素を列举している。同ガイドライン第2の1は、優越的地位は相対的優越で足りると述べているが、取引対象商品役務について、相手方にとって事実上行為者以外に代替性がない状態と説明しているから、そうした小さな市場の成立を観念すれば、当該小さな市場においてすでに市場支配力が生じている状況と同義と言える、という点はすでに指摘されている⁽¹⁸⁾。

ついて丁寧に検討している。

(18) 白石忠志「支配的地位と優越的地位」日本経済法学会年報 35 号 46 頁。

個人情報優越ガイドライン3も前記のような優越ガイドラインの一般論に準じた記載内容となっている。ただ、同ガイドライン3(2)が挙げる、優越的地位の認められる場合のうち、①②は、優越ガイドラインの記載と同様に、代替可能なサービスや当該サービス利用必要性の有無を問題としているのに対し、③は、「当該サービスにおいて、当該サービスを提供するデジタル・プラットフォーム事業者が、その意思で、ある程度自由に、価格、品質、数量、その他各般の取引条件を左右することができる地位にある場合」と書かれており、これは、市場支配力をもつ場合の説明そのものである。すなわち、相対的優越からは離れて、EU競争法にいう市場支配的地位を意識しているかのような記述である⁽¹⁹⁾。

ただし、注5、注6と併せて①②を理解すると、結局のところ優越的地位は③に行き着かざるを得ないことがわかる。注5、注6は、①②の「判断に当たっては、個々の消費者ごとに判断するのではなく、一般的な消費者にとって」どうかという観点から判断する、と説明している。消費者には多様な人々が含まれるところ、「一般的な消費者」をどのように措定するかはそれだけで大問題であるが、司法によって規範的に認定されたとすれば、一般に他のサービスに代替不可能であれば、まさに当該サービスのみで市場画定されることになるから、すでに市場支配力が生じている③の状況と重なることになる⁽²⁰⁾。

結局のところ、個々の消費者から離れて、「一般的な消費者」を基準に判断するのであれば、相対的優越という考え方は維持できず、優越的地位は市場支配的地位と同義に捉えざるを得ないことになろう。なお、原則として「一般的な消費者」を措定するとしても、特定の性格をもつ消費者群を別途

(19) 川上解説 41 頁に同じ。

(20) Tadashi Shiraishi, “*The Exploitative Abuse Prohibition: Activated by Modern Issues*”, Antitrust Bulletin Vol. 62 (4) 2017 pp745-747.

認定して異なる考慮を及ぼす場合が生じて、前記とは矛盾しないと思われる。

2-3 濫用（不利益行為）

優越ガイドライン第4は、優越的地位の濫用につながり得ることが明らかな行為を、行為類型ごとに列挙している。その内容は、搾取について、概ね次の2つの不利益を問題にしている⁽²¹⁾。相手方があらかじめ計算できない不利益、もしくは相手方が得る直接の利益等を勘案して合理的であると認められる範囲を超えた過大な不利益を与えることとなる場合である。この判断基準は、判審決でも追認されている。

個人情報優越ガイドライン5は、個人情報等の取得と利用に分けて、問題となる行為の例を列挙している。その内容は、上記2つの不利益の観点から整理できるが、同ガイドラインは、「対価⁽²²⁾に対し相応でない品質のサービスを提供すること等により」消費者に対して不当な不利益を与えると説明しており、後者の不利益に重点を置いているように読める。例えば、同ガイドライン5(1)アは、あらかじめ計算できない不利益として把握できるようにも思われるが、同ガイドライン5(1)注7は、「当該サービスは、個人情報の取得に関して有すべき必要最低限の品質を備えていないものと認められるので、対価を得てそのようなサービスを提供することは、消費者に対して、不利益を与えるものと認められる」と説明している。この点について特に解説はされていないが、デジタル・プラットフォーム利用規約が定型約款（民法548条の2第1項）とされる場合が多いと考えられるため、個別条項につ

(21) 優越的地位の濫用の公正競争阻害性については、搾取に加えて間接的競争阻害も問題になり得るが、規制趣旨の説明として学説上批判の強い間接的競争阻害は取り上げず、本稿では搾取の弊害に絞って論ずる。

(22) 個人情報優越ガイドラインは、消費者がデジタルプラットフォームのサービスを利用する際に提供する個人情報等を「対価」と整理して記述している。

いては合意したものとみなされることから、内容の不当性が問題になりやすいという理由によると理解できるかもしれない。

前記必要最低限の品質を備えているか否かの判断基準として、同ガイドラインは、個人情報保護法を参照し、同法違反を最低限有すべき品質の不備と見做して、不当な取得・利用行為の代表例として取り上げている⁽²³⁾。優越的地位の濫用として問題となるのは列举された行為のみに限られないとされてはいるが、事実上、同ガイドラインは、不利益が過大か否かと言う不当性判断の要を個人情報保護法に拠っている。

問題となる行為が個人情報保護法の規制対象なのであれば、同法の規制で足りるのではないか、との指摘に対し、川上解説は、「個人情報保護法であればプライバシー保護の観点から、独占禁止法であれば公正かつ自由な競争の維持・促進の観点から、それぞれ規制することは当然あり得る」と説明している⁽²⁴⁾。二つの法規制が重畳する場合の適用調整については、同一の目的に向けた規制であって、両者が一般法、特別法の関係にあるのであれば、特別法の適用を優先させた上で、その規制趣旨に反するものの特別法の適用対象外となっている行為については一般法が対応するという役割分担が考えられるであろう⁽²⁵⁾。しかし、個人情報優越ガイドラインは、個人情報保護法適用対象外だがその趣旨に反する行為だけでなく、同法適用対象行為も等しく、必要最低限の品質を備えていない不利益行為として独禁法の規制対象にすると記載している⁽²⁶⁾。

(23) 同ガイドライン注7、注16からわかるように、同ガイドライン5(1)エに挙げられた行為以外は、個人情報保護法違反に該当しうる行為が取り上げられている。川上解説42-43頁。

(24) この点を強く支持するものとして、川濱「プラットフォーム事業者への「優越的地位の濫用」の「拡大」とその課題」ジュリスト1545号72-73頁。

(25) 「人材と競争に関する検討会」報告書における、労働基準法と優越的地位の濫用の関係は、そのような整理と考えられる。

(26) したがって、川濱「優越的地位の濫用の慎重な新展開」NBL1166号25頁が

確かに、同一の行為に対して異なる観点から重疊的に規制を行うこと自体は肯定される。しかし、違法性判断において実質的に個人情報保護法が基準となるのであれば、同法の規制で足りるのではないか、競争の観点はどのように基礎づけられているのか、との疑問は完全に払拭できていないように思われる⁽²⁷⁾。2-4 で取り上げる因果関係の問題とも深く関わるが、優越的地位の濫用の古典的事例においては、「不利益行為」の一見明白な不公正性に目をうばわれて規制に前のめりになりがちであって、相対的優越を強調して「優越的地位」を比較的容易に認める傾向があるだけに注意が必要である。この点、個人情報優越ガイドライン 1 は、事業者と消費者との取引における情報の質・量並びに交渉力の格差に言及して、消費者は事業者との取引において取引条件が一方的に不利になりやすい、という一般論を指摘し、同ガイドライン 3 (4) でこれを考慮要素とすることを明示しているが、万が一にも当該記述を受けて消費者に対するデジタル・プラットフォーム事業者の「優越的地位」を定型的に認め、「濫用」の判断を個人情報保護法に代置させてしまうとすれば、個人情報保護法とは異なる競争法独自の規制観点は抜け落ちてしまいかねない。

指摘するように、第一に個人情報保護法の規律ではカバーできない領域を担当する意義はある。しかし、個人情報保護法の規律でカバーできる領域について独禁法が重疊的に規制することについては、競争の観点からの説明が不足しているように思われる。

- (27) ただし、4 でみるように、Facebook 事件ドイツ連邦カルテル庁決定と異なり、個人情報保護法のみによって濫用が根拠づけられているわけではなく、独禁法上確立している優越的地位濫用の違反要件判断基準の中に同法の考え方が組み込まれている。この点につき、白石「Facebook に対する Bundeskartellamt の決定を契機とする日本法の若干の検討」EU 法研究 6 号 42 頁、川濱「優越的地位の濫用の慎重な新展開」NBL 1166 号 30 頁、市川芳治「デジタル経済における競争法の射程に関する覚書—ドイツ連邦カルテル庁 Facebook 決定をめぐる論点を手がかりに：欧州の視点から」慶應法学 43 号 154-156 頁。

2-4 因果関係：「利用して」

濫用を構成する不利益行為は、条文上、優越的地位を「利用して」行われる必要がある。しかし、優越的地位と不利益行為との間の因果関係については、これまでほとんど議論の俎上に載せられてこなかった。優越ガイドライン第2の3は、「優越的地位にある行為者が、相手方に対して不当に不利益を課して取引を行えば、通常、「利用して」行われた行為であると認められる」と記載するのみで、これが判審決によって追認されていた。これまで、因果関係に疑問が呈されて違反の成立が否定された事例もない。個人情報優越ガイドライン3(3)も同じ内容を繰り返すのみである⁽²⁸⁾。この書きぶりによれば、優越的地位と不利益行為があれば、因果関係を切断するような特別な事情がない限り、規制を肯定することとなる。

個人情報優越ガイドラインで取り上げられている不利益行為は、いかなるデジタル・プラットフォームによっても行われ得るものであって、優越的地位を「利用して」行われるものと言えるのか、という問題提起がされている⁽²⁹⁾。言い換えれば、全てのデジタル・プラットフォームに対して個人情報保護法の規制が及んでいるところ、優越的地位に立つデジタル・プラットフォームに対してのみ個人情報保護法規制に加えて、エンフォースメントの強い独禁法規制も重畳的に課せられる、その理由を競争の観点から説得的に説明できなければならないのではないのか、という疑問でもある。

現行ガイドラインの背景として、2-3でも指摘したとおり、これまでの優越的地位濫用の古典的事例は、事業者間取引のみを対象としており、しかも、不利益行為という搾取の弊害の不当性に目を奪われて、暗黙のうちに、一方当事者が優越的地位になれば搾取が起きないことを前提に議論してい

(28) 川上解説や個人情報優越ガイドラインに係る各種論説も同じである。

(29) 例えば、中川晶比呂「ビッグデータ・ビジネスにおける個人情報の利用と差別」『企業と法をめぐる現代的課題』（商事法務、2021年）593頁。

た可能性すらあるように思われる。すなわち、事業者間取引では、優越的地位に起因しない搾取は対消費者取引に比べてそもそも生じにくい可能性があるし、競争がある状態で生じた搾取については、それを甘受した相手方事業者側の責任として処理して問題ないことも多いだろう。しかし、2-1で指摘した通り、対消費者取引も規制対象として明確に視野に入ってくると、前記のような形で単純には割り切れない問題が比較的多く生ずることが考えられ、それらについて、どこまで競争の観点から独禁法規制で対応するか、という政策的問題も絡まざるを得ない⁽³⁰⁾。

従来厳密に検討されないまま原則として肯定されてきた因果関係であるが、優越的地位と不利益行為の双方が認められる場合でも、優越的地位に起因して搾取の弊害が生じていない場合には、因果関係を否定するのが筋であろう⁽³¹⁾。これを後押しするような背景事情として次の2点を指摘できる。第一に、課徴金制度導入に伴い、優越的地位濫用の各違反要件が厳密に認定されるようになってきていることである。すでに課徴金が賦課されて争われた5事例を通じて、並行的に複数の相手方に対して不利益行為が行われていても、一部の相手方に対しては優越的地位が認められず、当該相手方に対する不利益行為は規制対象から外される場合が可視化された⁽³²⁾。これと平行に考えれば、因果関係も平成21年改正前よりも厳密に扱われる方向性にある。第二に、独禁法上の他の違反類型における因果関係の扱いと軌を一にすることである。例えば、企業結合事例について、ふくおかフィナンシャ

(30) 4でも取り上げるが、本稿の扱う問題については、世界的にみると、個人情報保護規制（EU、ベルギー）のほか、不当表示規制で対応している国が多く（アメリカ合衆国、オーストラリア）、契約法・約款規制（イタリア、フランス）で対応した国も確認できる。

(31) 因果関係を要求する根拠については、白石忠志「独禁法における因果関係」『石川正先生古稀記念論文集 経済社会と法の役割』369頁参照。

(32) 搾取（不利益行為）の存在から優越的地位を推認するかのような日本トイザらス審決の考え方はその後の公取委審決で採られていない。

ルグループ＝十八銀行（平成 30 年度企業結合事例 10）や USEN-NEXT HOLDINGS＝キャンシステム（平成 30 年度企業結合事例 7）においては、一定の弊害が認められるとしてもそれが当該企業結合により生ずることとならない（平成 30 年度企業結合事例 10 第 5 の 2（2）ウ）、もしくは当該企業結合の有無によって市場状況に差が生じない（平成 30 年度企業結合事例 7 第 4 の 1）、という形で、因果関係を認めないことにより違反の成立を否定している⁽³³⁾。すなわち、企業結合がなくても弊害が生ずる場合については、因果関係が切断されている。また、NTT 東日本 FTTH サービス最高裁判決⁽³⁴⁾は、NTT 東日本の行為は排除効果を惹起しないのではないかという疑問に対して、行為終了後に参入があった事実を示すことで簡潔かつ規範的に因果関係を肯定して、違反の成立を認めていた⁽³⁵⁾。優越的地位濫用規制においても、因果関係をより精査することが求められている。

2-5 若干の検討

2-1 から 2-4 まで、個人情報優越ガイドラインを手がかりに、冒頭に掲げた問題に対する優越的地位濫用規制の適用について検討した結果、次の点を指摘できる。第一に、一般消費者を基準として判断すると、デジタル・プラットフォーム事業者の優越的地位は市場支配的地位と同義とならざるを得ず、相対的優越として定型的に把握してしまうと、競争法規制独自の観点が失われかねないために妥当でない。第二に、プライバシー保持を目的とする個人情報保護法規制に加えて独禁法上の搾取規制を行う理由づけ、とりわけ優越的地位に立つデジタル・プラットフォーム事業者に対してのみ重畳的規

(33) 深町正徳「平成 30 年度における企業結合関係届出の状況及び主要な企業結合事例」公正取引 825 号 10-12 頁、白石忠志「平成 30 年度企業結合事例集の検討」17-18、19-20 頁参照。

(34) 最判平成 22 年 12 月 17 日・平成 21 年（行ヒ）348 号民集 64 卷 8 号 2067 頁。

(35) 最高裁判所判例解説民事篇平成 22 年度（下）829-830 頁（岡田幸人）。

制を課す理由づけが、競争の観点から十分示されていない。

とりわけ第二点目については、個人情報優越ガイドライン上、問題を十分意識して精査された形跡もないため、更なる検討が必要である。競争の観点からの規制であることを違反要件を通じて明確化する方策としては、2-3でみた濫用（不利益行為）か2-4で取り上げた因果関係のいずれか、もしくは双方を再構成することが考えられる。すなわち、一つの方策として、濫用（不利益行為）の判断を個人情報保護法に依拠せずに、競争の観点から独自に行うことが考えられる。これにより、プライバシー保護の観点とは別個の競争規制の視点は明確になる⁽³⁶⁾。一方で、どのレベルから不当な個人データの取得・利用に至るのかは不明確で、特に事前に線引きを示すことが難しい。個人情報保護法規制との連携も図られないため、デジタル・プラットフォーム事業者側からすれば不確実性が増すように見えるおそれもある。第二に、濫用（不利益行為）の判断自体は、個人情報保護法もしくはその趣旨に反するような個人データの不当な取得・利用を中心に据えつつ、優越的地位を「利用して」行われた行為であると示すことである。この場合には、いかなる因果関係について、どの程度の立証を要求するのか、厳密な議論を行う必要が出てくる。先にみたように、我が国では、優越的地位と濫用（不利益行為）との間の因果関係については、ほとんど議論がないまま認められる傾向にあるため、これを精査する契機となる。差し当たり、上記2つの可能性があるとすると、両者を比較すると、後者の方策の方が、個人情報優越ガイドラインの書きぶりには親和的であるように見える。

以上のように析出された課題について、ドイツ Facebook 事件では、連邦カルテル庁原決定とこれに対する interim proceedings における司法判断を通じて、競争の観点からの搾取型濫用の把握と因果関係をめぐり、詳細な検

(36) 川濱「プラットフォーム事業者への「優越的地位の濫用」の「拡大」とその課題」ジュリスト 1545 号 73 頁は、この方向性も示唆するように見える。

討が加えられている。EU 競争法の文脈では、もともと、搾取の性格をもつ行為は、支配的地位がなくとも実施されうるとの認識において、支配的地位との間の因果関係をどのように把握すべきかが論じられてきた⁽³⁷⁾。ドイツ Facebook 事件では、まさにそれらの蓄積の上に、具体的な議論の対抗関係を見出すことができ、冒頭に示した課題に対する我が国の競争規制をめぐる議論にとって参照されるべき内容をもつ。

3. ドイツ Facebook 事件における違反要件論：濫用の把握と因果関係

デジタル・プラットフォーム事業者による個人データの搾取的な取得、処理、利用に対して競争法規制を及ぼす場合の法律論について、重要な議論の素材を提供しているのが、Facebook に対するドイツ連邦カルテル庁決定とこれに基づく命令の執行差止めを求める仮処分の是非をめぐる司法判断である⁽³⁸⁾。原決定は、2で検討対象とした個人情報優越ガイドラインに暗に影響を与えたことで知られるが、先述の通り、抗告訴訟における司法判断を通じて、結論も理由づけも二転三転している。そこでは、単に規制の是非に係る結論が異なるだけでなく、それを基礎付ける違反要件論において興味深い対抗関係をみることができる。中でも、2-5で析出した検討課題、とりわけ搾取型濫用の捉え方と因果関係に関する重要な論点が表示されている。以下で

(37) 欧州司法裁判所も、排除や搾取に結びつく行為自体は市場支配的地位により生ずるとは限らないという認識の下で、反競争的と認定できるものを絞ろうとしてきている。*Post Danmark A/S v Konkurrencerådet* (Post Danmark I) Case C-209/10 [2012] 4 CMLR 23, para 22, *Intel Corporation v Commission* (C-413/14P), [2017] 5 CMLR 18, para 134.

(38) ドイツにおける競争法の司法審査について概観したものとして、島村健太郎「ドイツ競争制限禁止法及びEU競争法における司法審査」一橋法学19巻2号927頁。

は、順に事案と各判断の概要を示した上で、若干の検討を加える。

3-1 事案の概要

世界最大のソーシャルネットワーキングサービス（「SNS」）提供事業者である Facebook は、欧州において、個人ユーザーに対し、facebook.com というオンラインコミュニケーションプラットフォーム（以下、「本件 SNS」という）を無料で提供している。個人ユーザーは、Facebook の利用規約に同意しなければ、本件 SNS を利用開始できない。Facebook は、この利用規約を通じて、本件 SNS 以外の Facebook グループの他のサービスや Facebook が提供するプログラミングインターフェイスを通じて第三者のサイトやモバイルアプリからもユーザーデータを収集し、そのデータを Facebook のユーザーアカウントに結びつけて処理、利用していた（本件行為）。Facebook は、こうしたデータを用いたターゲティング広告収入によって、本件 SNS を運営している。

3-2 ドイツ連邦カルテル庁（Bundeskartellamt）決定⁽³⁹⁾

ドイツ連邦カルテル庁は、3-1 でみたような利用規約実施による Facebook の本件行為が、市場支配的地位の濫用を禁止する競争制限禁止法

(39) 本決定は我が国で注目を集めたため、多くの関連論考が公表されている。代表的なものとして、白石忠志「Facebook に対する Bundeskartellamt の決定を契機とする日本法の若干の検討」EU 法研究 6 号 32 頁、市川芳治「デジタル経済における競争法の射程に関する覚書—ドイツ連邦カルテル庁 Facebook 決定をめぐる論点を手がかりに：欧州の視点から」慶應法学 43 号 139 頁、伊永大輔「プライバシー侵害は競争法違反となるか」法律時報 91 巻 5 号 106 頁、鈴木孝之「ドイツ連邦カルテル庁の Facebook 事件決定にみる市場支配的事業者規制への視点」公正取引 829 号 41 頁、舟田正之「ドイツフェイスブック競争法違反事件」法律時報 91 巻 9 号 156 頁、島村健太郎「ドイツ競争制限禁止法における市場支配的なデジタルプラットフォーム事業者の濫用行為規制について」一橋法学 18 巻 2 号 387 頁。

(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 以下「GWB」という)⁽⁴⁰⁾ 19 条 1 項に違反するとして、同法 32 条 1 項に基づき、本件行為の禁止を命令する決定を下した⁽⁴¹⁾。濫用の認定について、同決定は、搾取型濫用を中心に論じた上で、最後の方で若干排除型濫用についても触れているが、本稿では、関心対象である搾取型濫用に絞り、以下でその理由づけとなる違反要件判断の要点を紹介する。

3-2-1 市場支配的地位

Facebook は、ドイツ国内の個人ユーザー向け SNS 市場で市場支配的地位を占めている。Facebook の市場シェアは高く、GWB18 条 4 項により市場支配的地位の存在につき推定が働くほか、ユーザーのロックイン効果と間接ネットワーク効果により、当該市場は参入障壁が高められた状況にある。

3-2-2 搾取型濫用

不均衡な交渉の下で合意された条項の不当性も、GWB19 条 1 項の搾取型濫用を構成する。ドイツ判例法上、ドイツ民法 (BGB) 307 条以下に違反す

(40) デジタル・エコノミーへの対応として、ドイツでは積極的改正が行われており、本事件には第 9 次改正後の GWB が適用されている。その後さらに、デジタル・プラットフォームを適時に規制できるよう、第 10 次改正が行われ、施行された (19.01.2021)。

(41) なぜ EU 競争法でなくドイツ競争法に基づいて本事案取り上げたのか、という質問に対して、ドイツ連邦カルテル庁 Mundt 長官は、ドイツ語による本件 SNS のユーザー所在地という観点から本件市場がほぼドイツ国内で画されること、GWB 第 9 次改正によりデジタル・プラットフォーム事案への対応が整備されていること、といった点を説明している。ドイツ判例法は、GWB 上の取引条件濫用の判断に民法の約款規制を参照できる枠組みをもっており、これが活用されることも重要点として指摘されている。ただ、わざわざ GDPR でなく競争法規制を用いたことについては、エンフォースメントの観点以外に連邦カルテル庁のスタンプレーを指摘する声もある。この点に関連して、白石「Facebook に対する Bundeskartellamt の決定を契機とする日本法の若干の検討」EU 法研究 6 号 41 頁参照。

る一般取引約款の利用は、市場支配力の発現である場合には取引条件の濫用と見做される。契約の一方当事者が契約条項を事実上一方的に設定できるなど顕著な優位性を有し、他方当事者が他律的になってしまう場合には、基本的人権を保護するために、国家の調整的介入が必要であり、これにはGWB 19条も含まれる。この考え方は、情報の自己決定権という基本的人権に基づくGDPRにも妥当する。競争法とGDPRとの調和を図るためにも、競争法上、個人データの取得、処理、利用を評価する際には、GDPRの適法性を考慮する。所管法でなくとも、GDPRの適法性を連邦カルテル庁が評価することは認められる。本件では、GDPRにより求められるユーザーの有効な同意がないまま本件行為が行われている。本件行為はGDPRに違反し、憲法上の自己決定権の保護が要請される場面であって、これが市場支配力の発現として生じているから、競争法上の搾取型濫用に該当する。

本決定は、最後に付随的に、本件行為から生ずる排除効果にも言及している。

3-2-3 因果関係

Facebookが市場支配的地位にある場合にのみ本件行為が可能である、といった行為的因果関係は、必要ない。本件においては、搾取との間に規範的因果関係が、排除効果との間には結果的因果関係が認められる。

3-2-4 若干の検討

このように概観した連邦カルテル庁決定の理由づけのうち第一に注目されるのは、搾取型濫用の認定方法である。我が国と異なり、EU競争法上の搾取型濫用規制については、高すぎる価格(excessive pricing)に事例も議論も集中してきた傾向があるため、不均衡な取引条件も規制対象となることをまず確認している。その上で、連邦カルテル庁は、ドイツ判例を根拠としつ

つ、搾取型濫用の判断において GDPR 違反を主な基準としている。本決定は、本件 SNS、すなわち Facebook.com 内で得られるユーザーデータの取得・利用については、登録時の同意の範疇に属するものとして問題にしていない。多くのユーザーが気づかないうちに本件 SNS 外から広範にデータを取得され、Facebook のユーザーアカウントに組み入れられて処理、利用されている点を指摘し、そうした行為は GDPR 上必要とされる任意の同意をユーザーから得ないまま行われているから、取引条件の濫用に該当する、という。これは、一般ユーザーの予見可能性という観点から濫用の範囲を画しているようにみえる。

以上の連邦カルテル庁決定に対しては、情報の自己決定権が重視されるドイツの事案でもあり、積極規制を評価する声上がる一方、ドイツ国内からも、特に GDPR でなく競争法規制を適用した点に疑問が呈された。欧州委員会は、本件と同種の問題には EU 競争法でなく GDPR で対応する方針を明らかにしており⁽⁴²⁾、加盟国内でも同種の事案を競争法で対応した例は他にない。

第二に、市場支配的地位と濫用との間に求められる因果関係について、本決定は、行為的因果関係までは求められず、規範的、結果的因果関係で足りるとしている。こうした因果関係の分類論は特にドイツで発達しているため、その内容と議論状況を簡単に指摘しておく⁽⁴³⁾。行為的因果関係（*verhaltenskausalität*）とは、支配的地位がなければ、すなわち競争があれば当該行為自体が行われなかった、という関係をいい、道具的因果関係（*instrumentelle Kausalität*）とも呼ばれる。これに対して、規範的因果関係（*Kausali-*

(42) P-001183/2019, Answer given by Ms Vestager on behalf of the European Commission (8 May, 2019).

(43) EU 競争法における支配的地位と濫用との間の因果関係について丁寧に論じたものとして、杉崎弘「EU 競争法における支配的地位の濫用禁止規定の構造」一橋法学 19 卷 3 号 256-263 頁。

tät “normativen Charakter”) とは、当該行為に排除や搾取のような濫用と認められうる客観的性質が内在する場合、その行為が行われる原因に関わらず、支配的地位の発現として濫用が生ずる関係をいう。このとき、濫用の現実化までは求められず、その危険が認められれば足りるとされる。濫用という結果が市場支配的地位によって生ずるところを捉えて、結果的因果関係(Ergebniskausalität)とも呼ばれる。本決定では、搾取について規範的因果関係、排除について結果的因果関係と区別して使われているが、多くの場合両者は区別されずに議論されているようであり、本決定は、弊害の種類に応じて新たな慎重な使い分けを提示したものともみることができる。

本決定の根拠となっている GWB19 条 1 項と TFEU102 条 1 項は、その性質上同一の文言である。これらは、ドイツ語では、支配的地位を「利用した」濫用と規定しているため、文理解釈としてある程度特定の因果関係を要求するのが素直であると指摘される。しかし、EU 判例は、伝統的には、TFEU102 条 1 項について、因果関係不要、もしくは規範的因果関係で足りるとしており、この点は、本決定も言及する「市場支配的事業者は、競争法上特別な責任を負う」というよく知られたフレーズに端的に表現されている⁽⁴⁴⁾。

(44) TFEU102 条の規定ぶりにもかかわらず、初期の EU 判例は、因果関係を不要とする、もしくは規範的因果関係で足りると述べ、欧州委員会もこの考え方を確認している。*Europemballage and Continental Can v Commission* (6/72), [1973] para 27, *Hoffmann-La Roche & Co v Commission* (85/76), [1979] para 91, Commission Decision 85/609/EEC, ECS/AKZO, O.J.1985, L 374/1, para 41. こうした理解が一般的であることを示す資料の例として、“Abuse of a dominant position in the light of legal provisions and case law of European Communities” (Office for Competition and Consumers’ Protection, Warsaw, 2003) p16. しかし、これらの判例の読み方として、特定の因果関係(行為的因果関係)の採用を否定しただけであるという異論があるほか、一定の因果関係を要求することで競争規制の外縁を画し精緻化を目指すべきだという批判は根強く存在する。See Vogelenzang, “Abuse of a dominant position in Article 86: The problem of causality and some application”, 13

2-5で析出した観点から以上をまとめると、本決定は、GDPR違反を基準として搾取型濫用を把握した上で、規範的因果関係で足りるとしていることになる。競争の観点からの規制の正当化としては、本件行為を市場支配的地位の発現であると説明しているが、因果関係について規範的関係で足りるとしているために、市場支配的地位が証明できさえすればそれが搾取行為の原因になったことを示す必要はない。すなわち、市場支配的地位に立つデジタル・プラットフォーム事業者に対しては、ほぼ常にGDPR規制と競争法上の搾取濫用規制が重疊的に課されることとなり、その理由は市場支配的地位それ自体に求められている。こうした考え方自体は、先に示したEU競争法(TFEU102条1項)の古典的判例とも齟齬がないものである。

3-3 デュッセルドルフ高等裁判所決定⁽⁴⁵⁾

3-2でみた連邦カルテル庁決定(原決定)に対して、Facebook社は抗告訴訟を提起した。デュッセルドルフ高等裁判所は、GWB65条3項に基づき、原決定の合法性に重大な疑義があるとして、その効力を中断する仮決定(interim decision)を行った。同決定の理由づけのうち、本稿の問題意識との関係では、2-5で析出した観点である搾取型濫用の認定と因果関係が重要であるため、以下ではこれらの論点に係る判示を順に紹介し、若干の検討を加え

CML Rev. (1976) 62, Eilmansberger, “*How to Distinguish Good from Bad Competition Under Article 82 EC: In search of Clearer and more Coherent Standards for Anti-Competitive Abuses*”, 42 Common Market Law Review (2005), 129, Muhammad Ali, “*Rethinking Abuse of Dominance in the light of Causation*” available at SSRN Id 3732305 (2020). 欧州委員会は、近時の事案において市場支配的地位と濫用の間に一定の関係性を示す傾向があり、判例も一定の因果関係を確認する立場を支持するようになってきているようにみえる。Case T-83/91, *Tetra Pak International SA v Commission*, C-333/94 P [1996] ECR I -5951, para 27, *AstraZeneca v Commission*, C-457/10 P, [2013] 4 CMLR 7, para 199.

(45) Case VI-Kart 1/19(V), OLG Düsseldorf 1. Kartellsenat. 26. 08.2019.

る⁽⁴⁶⁾。

3-3-1 競争上の弊害としての搾取の不存在

連邦カルテル庁は、競争上の弊害の立証に成功していない。GDPR 違反を自動的に競争法上の濫用の判断の根拠とするのは不適切である。データは複製可能であるから、ユーザーを経済的に弱めたとはいえない。また、搾取型濫用の対象として問題になった、追加的に取得・利用されたデータについては、競争があったと仮定した場合と比較して、どの種類、源、量のデータが搾取に当たるのか特定されていない。さらに、ユーザーが情報コントロール権を失っているという主張も説得的でない、なぜならば、ユーザーから同意された利用規約に基づいてデータの取得、処理が行われているからである。実際にユーザーが Facebook によるデータの取得・利用について管理、監督することが困難である事実は、搾取の判断とは関係がない。ユーザーは、他方で、無料で本件 SNS を利用できるという利点を得ているのである。本決定は、排除型濫用についても否定している。

3-3-2 因果関係の否定

3-3-1 でみたように濫用の不成立を指摘しつつ、デュッセルドルフ高等裁判所が最も重視したのは、行為的因果関係について立証がない点である。有効な競争が存在した場合に高い確率で生じたであろう状況に鑑みて乖離した取引条件を市場支配的事業者が要求していること、すなわち市場支配的地位によって違法な利用規約の適用が可能になっていることを示さなければならない、とする。また、登録時にユーザーから同意を得るにあたり、ユーザー

(46) 本決定を論じたものとして、伊永大輔「ドイツ連邦カルテル庁による Facebook 事件決定の法的論点ーデュッセルドルフ高等裁判所が示した疑問が意味するものー」公正取引 831 号 61 頁。

の自主的、自律的決定が望み得ないほど Facebook の市場支配的地位の影響を受けていたかどうかが重要であるが、登録時には、ユーザーは Facebook に依存していないから、不当な影響を受けていない、とも指摘する。

3-3-3 若干の検討

以上のように、デュッセルドルフ高等裁判所は、搾取型濫用の判断は、あくまでも競争の観点から行うべきであって、GDPR を基準とするのは不適切であるとする。そして、競争法の下で搾取の有無を判断する際、同裁判所は、本件のように取引条件が問題になる場合でも、EU で事例と議論が集中してきた高すぎる価格設定 (excessive pricing) に対する規制の場合と同様に、経済的に過大な不利益であると評価できる場合にのみ搾取と認定する考え方をとっているようである。また、その内容につき消費者の理解とコントロールが十分に及ばない定型的利用規約であったとしても、無料で SNS を利用する便益を得ている以上、当該利用規約への同意は有効であると判断している。さらに、有効競争が機能していないからこそ、すなわち市場支配的地位にあるからこそ、取引条件の濫用たる本件利用規約の実施が可能になった、という行為的因果関係を要求している。この観点からすると、本件における因果関係の立証は極めて難しくなる⁽⁴⁷⁾。ただし、本決定は、競争があった場合に想定される市場状況から現状が乖離していることと、市場支配的地位にあるからこそ本件行為が可能になっていることを同列に論じているようにみえるが、後出する連邦通常裁判所決定から明らかなように、両者は異なり得る点に注意が必要である。

全体として、本決定は、もし競争があったとしたらどうなるか、という反

(47) See Miriam Caroline Buiten, “*Exploitative abuses in digital markets: between competition law and data protection law*”, Journal of Antitrust Enforcement, 2020, 00, 1-19, esp pp11-12.

事實的市場状況との比較において検討を行うべきであるというスタンスであり、これは TFEU102 条に係るガイダンスペーパーの提言と軌を一にしている⁽⁴⁸⁾。ただし、同ガイダンスペーパーはこのような分析を推奨しつつ、行為的因果関係を採用しているわけではないことに注意が必要である。

3-4 連邦通常裁判所決定⁽⁴⁹⁾

高等裁判所の Interim decision に対する上級裁判所の判断対象範囲と審理時間は限られるため、3-3 でみたデュッセルドルフ高等裁判所決定が維持されるだろうというのが大方の予想であった。しかし、連邦通常裁判所反トラスト部は、当該決定を覆し、デュッセルドルフ高等裁判所命令の執行停止を決定した。ただ、連邦通常裁判所は、連邦カルテル庁原決定の結論を支持するものの、異なる理由づけを採用している。原決定の市場画定と Facebook の市場支配的地位の認定を比較的簡潔に認める一方で、濫用の認定方法が原決定と異なることを明示するとともに、デュッセルドルフ高等裁判所の判断を意識して因果関係についてもかなり紙幅を割いて説明している。つまり、理由づけの要点は、2-5 で析出した観点に重なる。そこで、以下では搾取型濫用の把握方法と因果関係に係る連邦通常裁判所の判断内容を中心に紹介し、若干の検討を加える。また、連邦カルテル庁原決定とデュッセルドルフ高等裁判所仮決定と比較して、我が国において本決定の紹介自体が未だ少なく⁽⁵⁰⁾、しかも慎重で興味深い判示が行われているため、やや詳細にその内容を提示する。

(48) Communication from the Commission-Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (2009/C 45/02), para 21.

(49) KVR69/19, BGH Kartellsenat 23.06.2020. 連邦通常裁判所は、ドイツ連邦における最高裁判所に当たる。

(50) 本決定の日本語による丁寧な紹介として、柴田潤子「ドイツ『Facebook ケース』最高裁決定について」Nextcom44 号 34 頁がある。

3-4-1 搾取と排除を包括した抱き合わせ類似の濫用の把握

連邦通常裁判所は、GDPR を基準とせずに、競争の観点から直接的に搾取型濫用を把握する。すなわち、市場支配的事業者が一般法規律上許されない契約条件を使用すること自体から、直ちに GWB 上の利益侵害は導かれな
いとしつつ、不要品強要型抱き合わせと同種の観点から搾取型濫用を認定し
ている。該当判示は、3-4-2 で紹介する因果関係に係る判示の前後に登場す
るが、その部分をまとめて以下紹介する⁽⁵¹⁾。

連邦通常裁判所は、まず、データの性格上、ユーザーを経済的に弱めるこ
とにならなくとも、取引条件による搾取は成立しうることを、無料で本件
SNS を利用できる利益と個人データの取得、利用に係る不利益を比較衡量
する必要はなく、後者のみに焦点を当てて搾取が成立しうることを説示し
て、3-3-1 でみたデュッセルドルフ高等裁判所の判断を否定する。その上で
搾取型濫用が認められる理由について次のように説明する。

ユーザーは、本件 SNS の利用を望んでいる。しかし、本件 SNS をファイ
ナンスするのに必要な範囲に止まらない個人データの取得、利用が行われて
おり、その超過部分を多くのユーザーは望んでいない。個人情報を提供する
代わりに無料で提供される消費者が必要とするサービスに、望まないサービ
スが付加されている状態であり、これは競争法上問題である。すなわち、本
件行為による搾取と排除の問題を検討する必要がある。搾取の観点からする
と、本件利用規約により、競争が有効に機能すれば個人ユーザーが獲得でき
るであろう以下のような選択肢が失われている。それは、本件 SNS 外 (Off-
Facebook) での個人データの広範な取得、利用を許してより個々人に最適化
された形でネットワークを利用するか、本件 SNS のみ (On-Facebook) での
個人データ開示に限り、それに基づくレベルで個人に合わせられたネットワ

(51) Paras 58-102.

ークを利用するか、という選択肢である。相当数の個人ユーザーが Facebook に対する個人情報の開示を縮小したいと考えている以上、競争が機能していれば、とりわけロックイン効果がなければ、ユーザーの指向に沿った後者の自律的選択肢も持ち得ていただろう。Facebook の支配的地位のために競争が機能しない状況下において、Facebook は、ユーザーに、オプトアウトや個人データコントロールに係る選択肢を与えなかった。したがって、Facebook が Off-Facebook のデータを利用して提供する機能は、市場支配的地位を利用してユーザーに押し付けた拡張サービスであり、ユーザーは、拡張されたサービス部分が自分にとって（開示した個人データの）対価に値するか否かにかかわらず、Off-Facebook のデータまでのアクセスを受け入れなければならない。このようにサービスの範囲を強制的に拡大することが濫用に当たることと重大な疑義はない。なぜなら、そうした機能を利用したくないユーザーにとっては、付随するデータアクセスを受け入れ、データ開示に係る必要な検討を行うことができない、という不利益を被るからである⁽⁵²⁾。

本件市場における Facebook の地位は圧倒的なので、市場慣行に沿った規約内容であるという主張は成り立たない。また、競争がある状況でも情報の非対称性や消費者の合理的無関心により同様の規約適用が想定されるという指摘はそれほど重要とは言えない。ユーザーは本件利用規約に同意しなければ本件 SNS 自体を使えないので、必要なサービスを利用するために当該規約を読まずに参加しているに過ぎないのであって、競争があれば、ユーザーは真の選択肢を持ち得るであろう。さらに、連邦通常裁判所は、憲法上の情報の自己決定権は本件のようなオンラインコミュニケーションツールについても重要であり、GDPR の規制趣旨と軌を一にすることを指摘して、搾取

(52) 本決定は、本件が抱き合わせなのか、単なるサービスの拡大なのかは決しないとするが、抱き合わせの先例を引用している。

からの保護必要性を補強している。

連邦通常裁判所は、本件 SNS 市場に十分な競争がないことだけでなく、両面市場に作用する間接ネットワーク効果が搾取の動機になっているとも指摘する。つまり、本件行為には SNS 市場とオンライン広告市場が関係しており、前者から取得できるデータの質と量が高まるほど後者の広告主に対する魅力が増すので、本件 SNS 市場の地位を利用して取得データ量を増やすインセンティブが高まる、とする。そしてこの作用は両市場で非対称的に働くことを強調する。すなわち、オンライン広告市場の需要者たる広告主にはメリットがあるが、本件 SNS 市場のユーザーにはない。本判決は、こうした両面市場の相関性を重視しており、搾取のみを本件弊害として切り離して議論していないところにも注意する必要がある。すなわち、本件 SNS ユーザーの多さによる直接ネットワーク効果が本件 SNS 市場の参入障壁となっていることや、より大量のユーザーデータを取得、処理することでオンライン広告市場において競争者より有利な立場に立ち、競争阻害（排除効果）をもたらしていることも併せて本件濫用の問題として論じている。なお、後者に関して、オンライン広告市場が独立した市場であって、そこで Facebook が市場支配的地位にあることは違反の認定に必要ない、としている。

3-4-2 低いレベルでの因果関係の認定

連邦通常裁判所は、デュッセルドルフ高等裁判所の採用した行為的因果関係までは不要であると断言する。しかし、連邦カルテル庁のいう規範的因果関係、結果的因果関係を紹介しつつ、これを採用するとまでは明確に言い切っていない。本決定で採用された因果関係がどのようなものかについては、EU やドイツでも曖昧であると指摘されており、実際微妙な判断に見える。デュッセルドルフ高等裁判所仮決定以来の論争を意識したのか、本判決は因果関係について丁寧に説明しており、これは本稿の課題にも深く関わるた

め、以下ではやや詳細に紹介する⁽⁵³⁾。

連邦通常裁判所は、まず、GWB19 条 1 項の適用の是非は因果関係の問題に左右されないとした先例もあると断った上で、因果関係に関して次のように判示する。

デュッセルドルフ高等裁判所は、市場支配と搾取の間に道具的因果関係（行為的因果関係）が必要だと判断したが、そのような考え方を採ったとしても、どの程度の要素を要求するかに関しては、以下のように見解が分かれている。(aa) もし競争があったならば当該行為が行われなどうかにより判断される。行為者の市場支配力が認められず、競争が存在する場合でも、情報の非対称性や消費者の合理的無関心により、本件取引条件が実施されるのだとすれば、それは市場支配から生じたとはいえないので、搾取型濫用ではない。(bb) 市場支配的地位は濫用が生じた原因の一つであれば良く、本件では契約条件を不可視的に受忍する原因となっていれば足りる。このとき、個人ユーザーは、超越した地位からデータを操作する専門家が提供するサービスがGDPR に準拠していることを期待できる。(c) 一方で、原決定が基礎付けていたように、因果関係は規範的性質をもつべきであり、市場支配と搾取の間にいかなる道具的因果関係も前提とすべきでないとする考え方もある。結果的因果関係の見地からすると、当該行為自体は基本的にどの事業者でも可能だが、競争上の弊害という結果は市場支配的事業者であることから生じていると言える必要がある。

以上のように整理した上で、連邦通常裁判所は、デュッセルドルフ高等裁判所が採用したような厳格な行為的因果関係は、GWB19 条 1 項の適用において十分ではあるが、必要条件ではないという点でのみ、後者 (c) の因果関係に賛成すると述べる。少なくとも、本件のように、当該取引条件によっ

(53) Paras 71-89.

て消費者に不利益となる市場状況がもたらされ、それが競争が機能していれば生じないであろうと予想されるのであれば、そして同時に客観的に競争を阻害するものであれば、因果関係を常には否定できないという⁽⁵⁴⁾。

一方で、本決定は、因果関係を形骸化させてはならないことを念押ししている。GWB19 条 1 項は、因果関係を不要とはできず、要求される因果関係は、濫用規制の目的によって決まる。その目的とは、競争がもはや機能しない市場における不適切な経済力の行使を防止するという目的であり、これにより消費者は、市場構造の機能不全に伴う間接的損害から、そして排除の弊害から保護される。これは、有効かつ公正な競争が当該行為によって阻害されないよう市場支配的事業者が負う特別な責任に基づく。

法一般の基準により認められるか否かにかかわらず、特定の契約条件を使用することが市場支配的地位を確保、強化するのに適している場合には、利益衡量の下、個別事案における濫用に対する反トラスト規制が原則として正当化される。それが市場支配力の発現といえるからである。

連邦通常裁判所判例は、不適切な契約条件についても、市場支配力の発現を理由に GWB19 条 1 項の濫用の成立を認めてきたが、これは単に契約相手方に不利益を与えるだけでなく、市場競争を損ない得るからである。

市場支配的地位と取引相手方に対する損害との間の因果関係の水準を低く設定することは、本件で正当化される。なぜなら、客観的に競争阻害的な行為が支配的地位による搾取に該当するからである。本件行為に必要な総合評価を行うと、取引相手方に不利益を与えるような支配的地位を利用した搾取に関しては、問題となっている契約条件が競争が機能していれば生じないで

(54) Para 77. このような言い回しは、EU ガイダンスペーパーと軌を一にする。Commission Communication Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (2009) OJC 45/2.

あろう市場結果をもたらすものであれば十分であるといえる。

連邦通常裁判所判例によれば、GWB19 条 2 項 1 号⁽⁵⁵⁾に該当する排除型濫用を通じた支配的地位による搾取については、市場支配と許されない行為との間には必ずしも厳格な因果関係が存在する必要はないとされている。むしろ、因果関係は反競争効果との間にあれば十分である。

支配的地位に立つ者の行為がその排除効果により競争者に不利益を与える濫用である場合には、厳格な因果関係や立証要件を採用してユーザーに対する不利益という当該行為に伴う負の効果を蔑ろにすることは、客観的に正当化されないであろう。とりわけ両面市場が関係する事案については、双方の市場に対する相互の影響は市場支配を決する際にだけ勘案しなければならないわけではない。むしろビジネスモデルが双方の市場に関係するのであれば、行為の影響も単独でみるわけにはいかない。

こうした事案において、契約条件の濫用に際し、行為と市場効果が一般に直結するという事実は、異なる因果関係を要求することを支持しない。そして問題となっている行為の市場への影響は、契約当事者との関係に限定されず、(潜在的競争者も含む)市場状況にも及びうる。

当該行為が客観的に市場状況を阻害することが明白な場合には、GWB19 条 2 項 2 号⁽⁵⁶⁾で要求されるような、有効な競争が行われていれば他の契約条件が使用される高度の蓋然性があるという関係は、GWB19 条 1 項に該当する濫用の前提としては必要ではない。むしろ、識別可能なユーザーの選好や、他の契約条件の利用及びサービスの多様化によりもたらされるインセン

(55) GWB19 条 2 項は、市場支配的地位にある事業者が、一定の種類の商品役務の供給者又は需要者として、列挙された行為を行った場合には、濫用行為とみなされる旨を規定しており、1 号は直接又は間接の排除行為・差別的取扱いを挙げている。

(56) 有効競争が存在すれば高度の蓋然性をもって形成されるであろう水準を逸脱した対価又はその他の取引条件を要求する行為。

タイプに、市場参加者が経済的にどのように反応するか、という実際の指標に基づいて、相応の蓋然性が認められれば十分である。

このことは、GWB19 条 2 項 2 号に基づく搾取にはより厳格な基準が適用されることと矛盾しない。なぜなら、このルールは純粋な搾取行為に限定されるからである。GWB19 条 2 項 2 号に基づく「もし有効競争が存在すれば」という考え方は、市場支配の程度や特定の市場条件、濫用の種類により、有効競争の見通しがほぼなく、したがって、有効競争の下で生ずる可能性の高い条件について確定的に認定することがほぼ不可能な場合にのみ使用される。

また、GWB19 条 2 項 1 号の規定に基づく濫用の前提は、必ずしも実際に生じた効果の認定を必要としない。むしろ、競争行為のパラメータが客観的に市場状況を明白に阻害する可能性があるということで十分である。市場支配的事業者には、その行為によって有効で公正な競争が阻害されないよう保証する特別な責任があるため、競争に対する危険が認められれば足りる。

本事案で問題となっている利用規約が反競争的な市場結果をもたらいうることに重大な疑念はない。なぜならば、競争が機能している状況下では、そのような結果が想定されないからである。

以上のように、連邦通常裁判所は、GWB19 条 1 項の下で市場支配的地位と濫用の間に要求される因果関係の種類について、行為的因果関係を明確に否定している。一方で、採用された因果関係は、結果的因果関係であるように読めるが、本件が排除効果を伴う搾取型濫用の事案であるために、結果的因果関係は、搾取との間というよりも排除効果との間で認められれば足りるとされているようにもみえる。その因果関係の判断に当たっては、もし有効な競争が存在するとすればどうであったと考えられるかという反事実的市場状況の指定による分析が、重要な要素の一つとなっており、これはデュッセルドルフ高等裁判所の判断内容とも軌を一にする。ただし、その指定はある

程度規範的に行われているようにみえ、GWB19 条 2 項 2 号について要求されるような高度の蓋然性までは求められない。また、本決定は、本事案との関係では確実に因果関係が認められると判断しているに過ぎず、市場支配的地位と濫用の間の因果関係として一般に最低限必要とされる因果関係がどのような内容であるべきかについて、明確に示されているわけではない。

3-4-3 若干の検討

連邦カルテル庁原決定の結論を維持しながらも、連邦通常裁判所の判断内容は、デュッセルドルフ高等裁判所決定と通ずる内容が多いことに気付かされる。濫用という競争上の弊害については、第一に、GDPR のような競争法以外の法律を基準としたり、参照することなく競争独自の観点からのみ把握している点、第二に、原決定は、濫用の内容として、9 割以上搾取の弊害を論じ、排除効果は最後に若干触れるのみであったのに対し、司法判断は、搾取と並んで排除効果も五分以上の重みをもって論じている点を指摘できる。因果関係については、原決定が規範的・結果的因果関係を採用したのに対し、デュッセルドルフ高等裁判所は行為的因果関係を要求していた。このような対立の中で、連邦通常裁判所は、行為的、道具的因果関係までは不要としつつも、単純に規範的因果関係で足りるとは述べておらず、競争があった場合はどうかという反事実的市場状況を措定しつつ、排除効果を中心に濫用という結果に対する因果的寄与を確認して、結果的因果関係を肯定している。

2-5 で析出された観点に則して、①濫用の認定について、他法を基準とする、もしくは勘案するか否か、②因果関係について、規範的、結果的因果関係で足りるとするか、もしくは行為的、道具的因果関係まで要求するか、という項目により整理すると、3 決定は次のように位置づけられる。

①濫用 \ ②因果関係	規範的，結果的因果関係	行為的，道具的因果関係
他法を基準とする，もしくは勘案して認定	連邦カルテル庁原決定	
競争法独自の観点から認定	連邦通常裁判所決定	デュッセルドルフ高等裁判所決定

全体として，司法判断からは，競争の観点からの規制であることを独自に説得的に説明できなければ本件への GWB の適用は正当化できないという意識が垣間みえる。すなわち，濫用の認定を実質的に GDPR に代置させ，市場支配的地位との間に規範的，因果関係しか要求しないという連邦カルテル庁原決定では，競争法規制の説明としては不十分ではないか，という批判である。これが，司法上の両決定において，結論は異なるものの，GDPR をはじめとする他法を排した競争法独自の観点からの濫用認定や，もし競争があったならばどうであったかという反事実的市場状況の指定に基づく因果関係判断につながっていると想像できる。この点で，両要素について最も厳しい解釈を採用したのがデュッセルドルフ高等裁判所であった。同決定と連邦通常裁判所決定との比較から明らかなように，とりわけ行為的因果関係を採用すると，必然ではないが，この問題に対する競争の観点からの規制自体を相当程度限定することに繋がる。ただし，GWB19 条 2 項 2 号があるとはいえ，EU 及びドイツ判例は，概ね，市場支配的地位と濫用との間の因果関係を規範的關係で足りるとしており⁽⁵⁷⁾，少なくとも行為的因果関係まで要するとした判断は稀であるから，デュッセルドルフ高等裁判所決定自体がやや突出しているとも評価できる⁽⁵⁸⁾。一方，搾取型濫用との因果関係を規範的關係で足りると一言するのみであった連邦カルテル庁原決定と異なり，連邦

(57) 前掲注 44 参照。

(58) 同様の評価として，Miriam Caroline Buiten, “*Exploitative abuses in digital markets: between competition law and data protection law*”, *Journal of Antitrust Enforcement*, 2020, 00, 1-19.

通常裁判所は、規範的因果関係と同じく低いレベルで肯定される結果的因果関係を中心に据えつつ、搾取だけでなく排除効果も包括した濫用という結果について、反事実的競争状況を措定した検討を行うことで、市場支配的地位に立つプラットフォーム事業者の本件行為に対する規制を正当化している。

4. 我が国における因果関係論の整備必要性

3の検討、とりわけドイツ Facebook 事件に係る司法判断に鑑みれば、我が国における個人情報優越ガイドラインも、競争の観点からの規制として十分正当化できるよう違反要件を精緻化、再構成する必要があるのではないか。すなわち、3-4-3と同様の整理を行えば、同ガイドラインは、濫用の判断につき個人情報保護法を勘案した上で、規範的因果関係を採用していると評価することができるが、この解釈の下では、優越的地位に立つデジタル・プラットフォーム事業者による個人情報保護法違反があれば、独禁法上の優越的地位の濫用にもほぼ自動的に該当するから、Facebook 事件連邦カルテル庁原決定に対するものに近い批判が当てはまるのではないか。つまり、優越的地位に立つデジタル・プラットフォーム事業者に対してのみ重疊的に独禁法に基づく強いエンフォースメントを課すことについて競争の観点から独立した説明が不足しているのではないか。

これを解決する方策として、2-5でも指摘し、3-4-3から示唆される通り、濫用か因果関係の少なくともいずれかの解釈を工夫することが考えられる。

まず、濫用に関して、検討する。確かに、ドイツ Facebook 事件に係る司法判断のように他法とは別個に競争独自の観点から違法性を論ずれば、競争法規制として説得性を増すことに疑いようもない。一方で、ドイツ（EU）においては、搾取型濫用の内容として高過ぎる価格（excessive pricing）に議論が集中してきた経緯があり、契約条件の搾取該当性に関する議論自体が少

なく、判断基準が明確でなかったという点を見逃すことができない。それ故に、原決定の搾取濫用の判断において事実上 GDPR に相当程度依存することとなったのかもしれない。また、排除効果の併存する搾取については、GWB19 条 1 項 (TFEU102 条 1 項) においては、両弊害を併せて濫用と認定できる。そこで、実際にもドイツ連邦通常裁判所は、本件行為を抱き合わせ類似の行為とみた上で、判断基準の不明確な搾取の観点だけでなく排除効果についても相応の重みをもって論じて、濫用を認定した。これに対して、日本独禁法は、2 条 9 項 5 号が搾取のみを捕捉するため、同様に競争上の弊害を論じられない。以上に鑑みると、取引条件の搾取該当性について、すでに事例の積み重ねがあり、搾取（不利益行為）の判断基準が相当程度定まっている我が国においては、個人情報優越ガイドラインのように、当該基準を当てはめる際に個人情報保護法を参照すること自体に問題はないと思われる。当該判断基準自体は独禁法上確立している以上、競争の観点からの規制の正当化を弱めるものではないからである⁽⁵⁹⁾。むしろ、他法を参照することで、同一法域内において整合性の取れた協調的規制を実現することができ、望ましい面もある。実際、EU においては、同一行為に対して EU や加盟各国がそれぞれ異なる観点から別個の規制を行うことで、事業者側が混乱するという問題が指摘されている^{(60) (61)}。

(59) 川濱「プラットフォーム事業者への「優越的地位の濫用」の「拡大」とその課題」ジュリスト 1545 号 72-73 頁参照。

(60) See Wolfgang Kerber=Author Notes, “*Digital markets, data, and privacy: competition law, consumer law and data protection*”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol.11 (11) (2016) pp856-866, Marco Botta, Klaus Wiedemann, “*The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy: The Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey*”, *The Antitrust Bulletin* (2019) Vol.64 (3) pp428-446.

(61) 独禁法 2 条 9 項 5 号の下では、「正常な商慣習に照らして」の要件を活用して他法の規律を勘案することも考えられるかもしれない。

そうであるとすれば、先に 2-5 でも示唆していたように、日本独禁法の下で工夫すべき違反要件要素は、因果関係であるように思われる⁽⁶²⁾。これにより、優越的地位に立つデジタル・プラットフォーム事業者に対してのみ特に重疊的に規制すべき理由を競争の観点から説明し、適切な範囲で独禁法規制を及ぼすことにつながる。個人情報の取得・利用インセンティブは、程度の差はあれ、デジタル・プラットフォーム事業者一般に認められるであろう。対消費者取引に典型的である情報の非対称性や交渉力の格差から生ずる問題全般は、他の消費者問題と同様に、第一には、個人情報保護の観点から特定の調整した個人情報保護法⁽⁶³⁾、第二には、不当表示規制を始めとする消費者法が対応する用意がある⁽⁶⁴⁾。市場における地位にかかわらず、不当な取得・利用が他法により一定の規制を受けるとして、さらに独禁法上の優越的地位濫用規制を及ぼすとすれば、デジタル・プラットフォーム事業者一般ではなく、優越的地位に立つデジタル・プラットフォーム事業者であるからこそ競争法上の搾取の弊害を惹起していることを示さなければならないであろう。因果関係論の精緻化は、このように、競争の観点からの説明責任を解消しうる。

ドイツ Facebook 事件に係る司法判断が示すように、現個人情報優越ガイドラインも採用していると考えられる規範的因果関係では不十分であると考えれば、いかなる内容の因果関係をどの程度要求するかが問題になる。そし

(62) ただし、因果関係は、行為と弊害の存在を前提として検討することになるため、実務的には、たとえ仮定的検討でも抵抗感をもたれやすく、最後の砦として受けとめられるのではないかと、という貴重な指摘をいただいた。

(63) 個人情報保護法は、現在令和 3 年改正法案が国会で審議されているが、近年の相次ぐ改正で個人データも見据えて政策的調整が行われた産物であることを軽視すべきではない。

(64) 中川晶比呂「ビッグデータ・ビジネスにおける個人情報の利用と差別」『企業と法をめぐる現代的課題』（商事法務、2021 年）587-594 頁。早川雄一郎「プラットフォームと景表法」『企業と法をめぐる現代的課題』619 頁。

て、ドイツ（EU）競争法とは異なり、日本法の下では、弊害として搾取のみを単独で把握するため、排除効果も合わせて因果関係を認定できないこと、そうであるからこそ、搾取との因果関係をより厳密にみる必要があることに留意する必要がある。

この点、従来、優越的地位の濫用においては、不利益行為により搾取の弊害が直接的に生ずる関係にあるため、行為と弊害は意識して区別されてこなかった。しかし、3-4で紹介したドイツ連邦通常裁判所決定に鑑みると、問題となっているのが搾取の弊害である以上、不利益行為との間ではなく、あくまでも弊害との間で因果関係を検討すべきであるように思われる。すなわち、優越的地位と当該事業者の不利益行為との間に特定の因果関係を求めるとすると、競争状況に関わらず確固たる事業方針として当該行為が行われるような場合に因果関係が否定されることになりかねない。デュッセルドルフ高等裁判所決定からも明らかなように、当該デジタル・プラットフォーム事業者の行為のみに焦点を絞った行為的因果関係を求めるのでは、市場全体の競争を問題とする競争法にとって規制範囲が狭きに失する可能性がある。以上に鑑みると、競争があった場合にどのような市場状況であり得るか、という反事実的仮定を規範的に検討しつつ結果的因果関係を基本に据えた連邦通常裁判所決定は大いに参照に値する。競争があれば、当該デジタル・プラットフォーム事業者の事業方針はともかく、他のデジタル・プラットフォーム事業者が異なる条件でサービスを提供するであろうから、搾取の弊害が解消されるだろうと想定される場合、当該弊害が現在の市場状況により生じている点を捉えて、搾取結果と行為事業者の支配的地位との間の因果関係を肯定するという考え方である。

一方で、優越的地位に立つデジタル・プラットフォーム事業者が搾取的に個人情報の取得・利用を行っていても、ユーザーが個人情報保護に無頓着、もしくは無自覚であるために、たとえ当該デジタル・プラットフォームにつ

いて取引必要性が認められず競争が存在しても同種の搾取が見込まれる場合には、因果関係が否定される可能性が出てくる。こうした場合には、何らかの弊害が生じていたとしても、競争法の問題ではないと整理できるであろう⁽⁶⁵⁾。

さらに進んで、競争がある場合の市場状況を全く想定できないような事案においては、より厳密に因果関係を要求する必要が出てこよう。この点は、ドイツにおける GWB19 条 2 項 2 号の考え方が想起される。また、取引相手が一定の商品役務を取引せざるを得ない状況において、需要者が搾取を自覚して他の取引条件を求めているにも関わらず、競争関係にあるどの供給者と取引しても不利益行為が行われ、搾取を免れられない場合にはどう考えればよいだろうか。市場支配の共同 (Collective Dominance) と同様に考えて、各供給者が需要者に対して優越的地位に立つとみれば、因果関係も肯定されるように思われる。

結果的因果関係の立場を採用するとしても、検討過程で反事実的仮定を規範的に行えば、およそ想定できない事態は除外されるとはいえ、規範的因果関係に近づくことも自覚する必要がある。どの程度の仮定を想定すべきかは、他法の規制状況も含めた政策判断になると思われる。

終わりに

本稿は、デジタル・プラットフォーム事業者による、個人に係るデータの取得、処理、利用に対して、優越的地位の濫用規制を及ぼす可能性を検討しながら、因果関係を中心に違反要件の精緻化を図った。独禁法の因果関係論

(65) See also Ali, “*Rethinking Abuse of Dominance in the light of Causation*” pp47-55. この点は、景表法をはじめ消費者法を活用する余地も大きいように思われる。

全体については、未だ十分に検討され尽くしたとは言い難い状況にある。本稿を手がかりの一つとして、さらに究明が進むことを期待したい。

* 本稿は、科学研究費補助金基盤研究（C）課題番号 18K01293 及び基盤研究（A）課題番号 16H01985（研究代表者：久保野恵美子）の成果の一部である。